

TRASFORMAZIONE

Il Codice degli Enti del Terzo Settore è intervenuto, nell'**articolo 98**, introducendo un nuovo articolo al codice civile, il **42 bis**, la cui rubrica si intitola "trasformazione, fusione e scissione".

E' un articolo mal fatto, frutto delle sempre più scarse capacità giuridiche del nostro legislatore: dà luogo a un sacco di problemi che in una breve relazione non posso affrontare, ma che, ad esempio, Federico Magliulo ha condensato (si fa per dire!) in sessanta pagine sulla Rivista del Notariato nel fascicolo 1 del 2018.

E' questa l'unica modifica del Codice Civile introdotta dal Codice degli Enti del Terzo Settore. E' stato modificato il Codice Civile perché l'applicabilità della norma va oltre gli ETS, ma è estesa a tutte le associazioni, riconosciute o no, e a tutte le fondazioni.

Che la norma si applichi ad ogni tipo di associazione/fondazione emerge chiaramente dall'ultimo comma dell'articolo, relativo alla pubblicità delle suddette operazioni.

Il principio è il seguente: gli atti relativi a trasformazioni, fusioni e scissioni per i quali la normativa societaria prevede l'iscrizione al Registro delle Imprese, sono iscritti o nel Registro delle Persone Giuridiche o, nel caso di ETS, nel Registro Unico e, vedremo dopo, tali iscrizioni hanno gli stessi effetti dell'iscrizione al RI.

Tenete conto che con la sopravvivenza del così detto doppio binario il sistema di pubblicità che si viene a creare è singolare:

- l'associazione non riconosciuta ETS è comunque iscritta nel RU;
- le associazioni riconosciute e le fondazioni ETS sono anch'esse iscritte nel RU;
- le associazioni non riconosciute non ETS non hanno alcuna forma di pubblicità;
- le associazioni riconosciute e le fondazioni non ETS sono iscritte nel RGP.

I nostri atti di trasformazione, fusione e scissione saranno iscritti nei due registri a seconda del tipo di ente che delibera e differente sarà pure il controllo di legalità che in un caso sarà notarile e nell'altro no creando non poche complicazioni soprattutto qualora alle operazioni di fusione o di scissione partecipino enti aventi diverse forme di pubblicità.

Le due forme di pubblicità daranno luogo pure a problemi in merito ai tempi di esecuzione di queste operazioni. Nel caso in cui il controllo sia demandato al notaio, il fatto stesso che il notaio riceva l'atto e ne chiedi l'iscrizione presso il RU determina una sicura celerità dell'operazione. Nell'ipotesi in cui la legittimità della delibera debba essere valutata dall'autorità amministrativa diciamo solo che i tempi

sicuramente si allungheranno.

Con questo intervento è stato senz'altro colmato un vuoto legislativo che già in parte aveva trovato una risposta, per ciò che riguardava le trasformazioni, nella disciplina prevista per le trasformazioni eterogenee dagli **articoli 2500 septies, octies e novies**, mentre per l'unica norma in tema di trasformazione delle fondazioni, peraltro di scarsa applicazione, era l'**art. 28 del Codice Civile** che regola il caso particolare di una fondazione il cui scopo sia divenuto impossibile o di scarsa utilità o il cui patrimonio sia divenuto insufficiente.

La disciplina introdotta è disciplina generale per quanto abbiamo detto, ma anche speciale nel senso che si applica esclusivamente alle reciproche trasformazioni, fusioni e scissioni tra associazioni non riconosciute, associazioni riconosciute e fondazioni. Quindi le trasformazioni, fusioni e scissioni reciproche tra associazioni e fondazioni sono ora regolate dall'**art. 42 bis**, mentre le trasformazioni che abbiano come ente di partenza o di arrivo una società sono regolate dagli **articoli 2500 septies octies e novies**.

Rimane da valutare la legittimità delle cosiddette fusioni o scissioni eterogenee che coinvolgono cioè enti no profit con enti societari, possibilità che a seguito dell'introduzione dell'ultimo comma dell'**art. 42 bis** non sembrerebbe esclusa.

La legge ammette tali operazioni "**salvo che non sia espressamente escluso dall'atto costitutivo e dallo statuto**". A questo proposito occorre fare alcune riflessioni. E' ovvio e pacifico che se lo statuto non dice nulla l'operazione si può fare.

Se il divieto esplicito sussiste e non sarebbe tale a mio parere il generico divieto di operazioni straordinarie considerato che la norma usa le parole "**espressamente escluso**" si pone per l'interprete il problema sulla sopprimibilità di un tale divieto.

La prima risposta che si potrebbe dare, invero un po' semplicistica, è che se c'è un divieto questo può essere rimosso con una delibera che modifichi lo statuto. Ma, a mio parere, la risposta che si può dare al problema è un po' più articolata e non sono neppure sicuro che sia appagante.

Forse il discorso va fatto separatamente per le fondazioni e per le associazioni.

Nelle fondazioni dobbiamo considerare la volontà del fondatore che quando ha disposto la fondazione ha espressamente escluso che questa potesse trasformarsi, fondersi o scindersi (salvo il caso dell'**art. 28 del CC** che però non è nella disponibilità del fondatore). In questo caso mi pare difficile configurare la possibilità di sopprimere il divieto quanto meno senza il consenso del fondatore e se il fondatore non c'è più la modifica a mio parere non può essere adottata.

Per le associazioni il discorso è diverso. Abbiamo una norma, l'**art. 2500 octies terzo comma**, in tema di trasformazione di associazioni in società di capitali che dispone che la trasformazione può essere esclusa dall'atto costitutivo (o dalla legge). In questo caso è chiaro che non ci si può trasformare e che il divieto statutario non è superabile. Dobbiamo però anche riflettere sul fatto che nel caso di specie la trasformazione comporterebbe il passaggio da una realtà non lucrativa ad una lucrativa.

Nel nostro caso invece ci troviamo di fronte alla scelta di un'altra forma di ente o alla fusione o scissione tra enti tutti ugualmente non lucrativi e questa considerazione può essere decisiva ai fini della eventuale sopprimibilità del divieto.

Si tratta la limite di considerare se possa esistere un preteso diritto soggettivo dell'associato che potrebbe essere superato solo con il suo consenso e quindi con una delibera all'unanimità.

Una volta ammessa, con i limiti che abbiamo detto, la sopprimibilità del divieto resta da valutare se la delibera di modifica dello statuto (cioè quella che toglie l'impedimento all'operazione), possa essere contestuale all'approvazione dell'operazione e anche qui farei un distinguo che merita una riflessione:

- laddove il controllo omologatorio spetti al notaio direi che la cosa è possibile in quanto la casistica in tema di delibere a cascata è ben nota alla prassi (ad esempio nell'ipotesi in cui in uno statuto di srl non vi sia, in caso di aumento di capitale, la possibilità di collocare le quote di nuova emissione a favore di terzi);
- laddove vi sia un controllo di legalità diverso ed esterno rispetto al Notaio, ne sarei un po' meno sicuro.

Confesso che non mi ricordo cosa accadeva quando gli i verbali di assemblea straordinaria erano omologati dal tribunale.

Fatta questa lunga premessa passerei a trattare la trasformazione che, per la tecnica legislativa adottata, ci presenta da una parte minori e dall'altra parte maggiori problemi interpretativi rispetto alla fusione e alla scissione.

Il **secondo comma dell'art. 42 bis** inizia bene nel senso che stabilisce che la trasformazione produce gli effetti di cui all'**art. 2498** che è la norma che sancisce la continuità dei rapporti giuridici tra l'ente che si trasforma e l'ente trasformato che quindi ne conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali.

La norma poi passa a dettare la disciplina specifica della trasformazione prevedendo che l'organo amministrativo debba predisporre una **relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente** in via di trasformazione, relazione che deve contenere l'elenco dei creditori e deve essere aggiornata a non più di 120 giorni

precedenti alla delibera di trasformazione.

A me par di capire, dal testo della norma, che i documenti sarebbero già due: **la situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo.**

A questo proposito bisogna fare un breve richiamo all'**art. 13 del codice degli enti del terzo settore** che prevede diverse forme di bilancio per gli ETS. Partendo dall'assunto che gli ETS devono redigere un bilancio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto gestionale, con l'indicazione dei proventi e degli oneri dell'ente e dalla relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e le modalità di perseguimento delle finalità statutarie si passa al semplice rendiconto per cassa qualora i ricavi, rendite, proventi o altre entrate siano inferiori a 220.000,00 euro, per arrivare ad un vero e proprio bilancio di esercizio societario per gli ETS che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale.

La norma però prevede anche un altro documento e lo fa richiamando (non sarà come vedremo l'ultima volta) una norma prevista per le società e cioè l'**art. 2500 sexies secondo comma** dettato per le **cd trasformazioni regressive** cioè per le trasformazioni da società di capitali in società di persone: l'organo amministrativo deve redigere una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione che deve rimanere depositata presso la sede sociale nei 30 giorni precedenti la delibera. La norma abbiamo detto che è dettata in tema di trasformazione di società di capitali in società di persone, ma per l'art. 42 bis è sempre applicabile ad ogni tipo di trasformazione di associazione e fondazione.

Sarebbe da valutare la possibilità di utilizzare il bilancio di esercizio chiuso da meno di 180 giorni con una relazione dell'organo amministrativo che riporti i creditori esistenti a 120. Ma mi pare una soluzione non aderente al dettato normativo.

A questo punto viene da chiedersi se, stante la previsione del **secondo comma dell'art. 2500 sexies**, tutti i documenti necessari per la trasformazione (situazione patrimoniale, relazione con elenco creditori e relazione sui motivi della trasformazione) debbano essere preventivamente depositati presso la sede dell'ente, anche se letteralmente il deposito è previsto solo per la relazione di cui all'**art. 2500 sexies**.

Abbiamo dunque visto che ci sono già due richiami alle norme societarie, oltre al richiamo relativo alla pubblicità degli atti. A questo punto l'appetito vien mangiando e il legislatore richiama tutta una serie di norme del Codice Civile in tema di società che si applicano alle trasformazioni reciproche tra associazioni e fondazioni soltanto in quanto compatibili (!).

Ve le elenco velocemente per poi cercare di arrivare ad una sintesi.

2499: che prevede la possibilità di trasformarsi anche in pendenza di

procedure concorsuali

2500: la trasformazione in società di capitali va fatta per atto pubblico, l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo di società adottato e la trasformazione produce effetto dall'iscrizione;

2500 bis: in tema pubblicità sanante, per cui una volta eseguita la pubblicità l'invalidità della trasformazione non può più essere pronunciata.

2500 ter secondo comma: per la trasformazione di società di persone in società di capitali è prevista la perizia di stima asseverata a tutela dell'integrità del patrimonio e del capitale: per le trasformazione di enti no profit l'applicabilità di questa norma, secondo la mia opinione, è dettata dall'esigenza che, in caso di passaggio da un ente non riconosciuto ad uno riconosciuto - considerando l'ente non riconosciuto alla stregua di una società di persone e l'ente riconosciuto alla stregua di una società di capitali - vi sia la sicurezza dell'integrità del patrimonio e, in caso di ETS, che il patrimonio stesso sia al di sopra dei limiti previsti dal Codice, mentre per gli enti soggetti a pubblicità presso il Registro delle Persone Giuridiche nell'importo minimo previsto dal relativo organo tutorio.

Non credo che tale norma si applichi ad ogni tipo di reciproca trasformazione tra enti no profit, anche solo per il fatto che avrebbe dovuto essere inserita tra le norme ad applicazione diretta e non nei limiti della compatibilità.

Si pone il problema relativo all'organo deputato a nominare l'esperto in quanto nella norma vi è una differenziazione tra SRL e SPA, in cui l'esperto è nominato dal Tribunale nel cui circondario ha sede l'ente. Se consideriamo applicabili, in linea di principio, le disposizioni dettate in tema di SPA, quest'ultima sarebbe la soluzione corretta.

In questo caso ci potrebbe però soccorrere l'**art. 22** del Codice che, in sede di costituzione di ETS riconosciuta qualora siano conferiti beni diversi dal denaro, non prevede che l'esperto sia nominato dal Tribunale nel cui circondario ha sede l'ente.

Ma quando si applica questa norma? In base a quanto abbiamo detto prima - ed esclusa la sua applicabilità ad ogni tipo di reciproca trasformazione tra enti no profit - sembrerebbe applicabile soltanto nell'ipotesi di trasformazione di associazione non riconosciuta in fondazione, senonché l'art. 42 bis nel suo primo comma parla di reciproche trasformazioni tra associazioni riconosciute e non riconosciute e fondazioni per cui possiamo sostenere, come è stato autorevolmente sostenuto, che la norma si applichi anche nell'ipotesi di passaggio da un'associazione non riconosciuta in un'associazione riconosciuta, operazione che viene considerata dal legislatore a tutti gli effetti una trasformazione.

Se consideriamo come trasformazione anche il passaggio da un'associazione

non riconosciuta ad una associazione riconosciuta si spiega l'applicazione, in quanto compatibile, di tutta la normativa prevista sull'integrità del patrimonio attraverso la redazione di una perizia asseverata.

In questo modo troviamo anche una logica all'art. **2500 quinquies**: sulla responsabilità dei soci già illimitatamente responsabili in caso di trasformazione di società di persone in società di capitali in forza della quale la trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata per le obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione: vale lo stesso discorso che abbiamo fatto per l'**art. 2500 ter** ma questa volta la disposizione è posta a tutela dei creditori in un'ipotesi in cui si passa dalla responsabilità illimitata di coloro che hanno agito per l'ente non riconosciuto alla responsabilità dell'ente riconosciuto con il solo suo patrimonio.

Passiamo ad esaminare la norma che ci dà più problemi, l'art. **2500 novies** sull'opposizione dei creditori in caso trasformazione eterogenea. Questa norma si applica a tutte le trasformazioni eterogenee che sono regolate dal Codice Civile agli **artt. 2500 septies e octies**. Ricordiamo che le trasformazioni eterogenee sono quelle da società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni, nonché quelle da consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni riconosciute e fondazioni in società di capitali.

Per entrambi i tipi di trasformazione eterogenea da società di capitali o in società di capitali è previsto che la trasformazione abbia effetto decorsi 60 giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari, termine in pendenza del quale i creditori possono fare opposizione.

E' quindi una norma importante di cui dobbiamo cercare di comprendere l'applicabilità al nostro caso, posto che sospende gli effetti della trasformazione per i 60 giorni successivi all'iscrizione della delibera di trasformazione.

Che senso ha definire questa norma applicabile in quanto compatibile o meglio a quale tipo di reciproca trasformazione tra associazioni non riconosciute, associazioni riconosciute e fondazioni si applica.

Si potrebbero considerare come eterogenee tutte le trasformazioni perché comunque si passa da un ente ad un altro e così la trasformazione da associazione riconosciuta ad una fondazione sarebbe eterogenea, così come pure l'inverso per arrivare anche al passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta. Ma se la norma, per espresso disposto di legge, si deve applicare soltanto in quanto compatibile bisogna trovare lo spazio per una sua applicazione selettiva.

La cosa difficile da comprendere è come coordinare una norma che regola il passaggio da un ente lucrativo ad un altro che lucrativo non è e viceversa quando

nel nostro caso la trasformazione avviene all'interno di enti che rimangono non sempre non lucrativi.

Credo le le soluzioni interpretative possano essere tre:

- si considera eterogenea ogni tipo di trasformazione tra enti no profit;
- si considera trasformazione eterogenea il passaggio da una associazione riconosciuta o no ad una fondazione così come l'operazione inversa;
- si considera eterogenea la trasformazione che determina il passaggio da un ente non riconosciuto ad un ente riconosciuto così come l'operazione inversa.

Non so darvi una risposta certa, ma la gravità degli effetti dell'applicazione di questa norma forse avrebbe imposto maggiore chiarezza.

Notaio Maurizio Gallo-Orsi